



**Commissie van advies inzake
volkenrechtelijke vraagstukken**

Advies inzake de ontwerpconclusies van de International Law Commission over dwingende regels van algemeen internationaal recht

Advies 37, 27 juli 2020

Leden Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken



Voorzitter Prof. dr. L.J. (Larissa) van den Herik

Vicevoorzitter Dr. mr. C.M. (Catherine) Brölmann

Leden Dr. mr. R. (Rosanne) van Alebeek
Dr. G.R. (Guido) den Dekker
Dr. B. (Bibi) van Ginkel LLM
Dr. mr. A.J.J. (André) de Hoogh
Prof. dr. J.G. (Johan) Lammers
Mr. A.E. (Annebeth) Rosenboom
Prof. C. (Cedric) Ryngaert

Secretarissen Mr. F. (Fatima) Arichi
Mr. V.J. (Vincent) de Graaf LLM

Postbus 20061
2500 EB Den Haag
T: 070 - 348 5011
E: djz-ir@minbuza.nl

Inhoudsopgave



– Hoofdstuk 1 Inleiding	4
– Hoofdstuk 2 Progressieve ontwikkeling versus codificatie van internationaal recht; essentiële karakteristieken van regels van <i>ius cogens</i>	5
– Hoofdstuk 3 Identificatie van regels van dwingend recht	8
– Hoofdstuk 4 Juridische gevolgen	12
– Hoofdstuk 5 Ontwerpconclusie 23 en de lijst van dwingendrechtelijke regels	19
Eindnoten	21



Inleiding

Op 31 mei 2019 heeft de International Law Commission (ILC) in eerste lezing drieëntwintig ontwerpconclusies en een ontwerpannex aangenomen inzake dwingende regels van algemeen volkenrecht (*ius cogens*),¹ en deze daarna in augustus 2019 voorzien van toelichtingen.² Deze ontwerpconclusies en toelichtingen vloeien voort uit een vijfjarige studie uitgevoerd door de Speciale Rapporteur Dire Tladi (Zuid-Afrika) bestaande uit vier rapporten. In zijn brief van 26 november 2019 heeft de minister van Buitenlandse Zaken de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (CAVV) verzocht over de ontwerpconclusies een advies uit te brengen. In het hiernavolgende advies zal ingegaan worden op de aanpak van de ILC, de identificatie van regels van dwingend recht, juridische gevolgen van *ius cogens*, en de lijst van dwingendrechtelijke regels zoals opgenomen door de ILC in de annex bij de ontwerpconclusies.

De CAVV heeft het advies op 27 juli 2020 vastgesteld, en beveelt de regering aan de hierna volgende opmerkingen in overweging te nemen bij het vaststellen van haar positie betreffende het ILC project inzake dwingende regels van algemeen internationaal recht (*ius cogens*).



Progressieve ontwikkeling versus codificatie van internationaal recht; essentiële karakteristieken van regels van *ius cogens*

Conclusion 1 Scope

The present draft conclusions concern the identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*ius cogens*).

In de toelichting op de ontwerpconclusie 1 (§ 2) geeft de ILC aan dat de ontwerpconclusies als doel hebben richting te geven aan hen die geroepen worden het bestaan van een regel van dwingend recht, en hun juridische gevolgen, vast te stellen. Daaraan wordt toegevoegd dat de identificatie van dergelijke regels en hun juridische gevolgen systematisch dient te geschieden en overeenkomstig een algemeen aanvaarde methodologie. Verder wordt gesteld (§ 3) dat de ontwerpconclusies primair methodologie op het oog hebben en dat zij niet pogen de inhoud van individuele regels van dwingend recht te adresseren. De toelichtingen, zo stelt de ILC (§ 3), gebruiken verschillende materialen (“materials”) als voorbeelden uit de praktijk, waaronder de opvattingen van staten, ter illustratie van de identificatie van regels van dwingend recht en hun juridische gevolgen. Tegelijkertijd, zo stelt de ILC, betekent dat niet dat daaruit overeenstemming volgt met of ondersteuning van de opvattingen die in dergelijke materialen worden ingenomen.

De CAVV heeft begrip voor de aanpak van de ILC en haar poging om zich niet te verliezen in de wirwar van interpretaties en controverses inzake het concept van *ius cogens*, de individuele regels van dwingend recht en hun juridische gevolgen.

De CAVV heeft dan ook met instemming kennisgenomen van de focus van de ILC op de systematiek van het internationaal recht, de plaats van *ius cogens* daarbinnen en de formele handvatten die de ILC aanreikt ter identificatie van dwingendrechtelijke regels en hun juridische gevolgen. Deze aanpak kent echter zijn beperkingen die het nut van de ontwerpconclusies niet per se ten goede komen. In het bijzonder lijkt het de CAVV problematisch dat de ILC niet kritisch reflecteert op de onderliggende materialen, zoals de opvattingen vertolkt door staten, rechterlijke instanties en auteurs (zie ook opmerkingen inzake ontwerpconclusie 8).

De ILC geeft in de toelichtingen bij de ontwerpconclusies veelal niet aan welke daarvan een codificatie van het internationaal recht betreffen of juist een progressieve ontwikkeling daarvan. Overwegend sluit de ILC bij dit onderwerp aan bij de regelingen in het Weens Verdragenverdrag (artikelen 53, 64, 71 juncto 44, 65-66) en de regels inzake de aansprakelijkheid van staten en internationale organisaties (artikelen 26, 40-41, 42, 48, 49-54). Voor wat betreft de relatie tussen normen van *ius cogens* en regels van internationaal gewoonterecht en verplichtingen voortvloeiend uit eenzijdige verklaringen en besluiten van internationale organisaties (ontwerpconclusies 14-16) redeneert de ILC naar analogie met de regeling inzake verdragen. De CAVV kan zich vinden in deze werkwijze.

Voor wat betreft de merites van dit project constateert de CAVV dat een niet te verwaarlozen aantal staten in de Zesde Commissie van de Algemene Vergadering kritische posities heeft ingenomen.³



Het ontbreken van (relevante) statenpraktijk is op onderdelen een terugkerend thema. Voor een aantal van de ontwerpconclusies geldt dat zij niet meer doen dan herhalen wat eerder al in het recht en/of in relevante documenten is neergelegd en de toegevoegde waarde daarvan zal derhalve beperkt zijn. Verder kan worden opgemerkt dat de toelichtingen op de ontwerpconclusies zwaar leunen op uitspraken van rechterlijke instanties en op de doctrine, welke beide slechts de status hebben van subsidiair middel bij de vaststelling, interpretatie en toepassing van het internationaal recht.⁴ Gekoppeld aan een gebrek aan kritische reflectie op deze onderliggende materialen (zie hieronder in 'Identificatie van regels van dwingend recht') meent de CAVV dat het succes van dit project niet bij voorbaat verzekerd is.

Conclusion 2 Definition of a peremptory norm of general international law (*jus cogens*)

A peremptory norm of general international law (*jus cogens*) is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

Conclusion 3 General nature of peremptory norms of general international law (*jus cogens*)

Peremptory norms of general international law (*jus cogens*) reflect and protect fundamental values of the international community, are hierarchically superior to other rules of international law and are universally applicable.

In het inleidende deel 1 van de ontwerpconclusies stelt de ILC in ontwerpconclusie 3 dat regels van dwingend recht fundamentele waarden van de internationale gemeenschap weergeven en beschermen; hiërarchisch superieur zijn aan andere regels van internationaal recht, en universeel toepasselijk zijn. De CAVV meent dat deze essentiële karakteristieken inderdaad, zoals de ILC stelt in de toelichting (§ 1), de algemene aard

van dwingendrechtelijke regels weergeven. Deze essentiële karakteristieken nopen echter wel tot enige aanvullende opmerkingen en suggesties. Zo biedt de toelichting op deze conclusie (§ 2-7) slechts zeer beperkt houvast wat betreft de vraag welke fundamentele waarden ten grondslag zouden liggen aan regels van *ius cogens*. Zo liggen aan een aantal regels van dwingend recht mensenrechtelijke waarden zoals vrijheid, autonomie en lichamelijke integriteit ten grondslag (verbod op slavernij, verbod op rassendiscriminatie en apartheid, verbod op foltering), waarbij echter niet die waarden in hun algemeenheid door de regels van dwingend recht worden beschermd. Andere regels van dwingend recht beschermen eerder de staat of een collectiviteit (verbod op agressie, verbod op genocide, recht op zelfbeschikking), waarbij wederom vrijheid, autonomie en integriteit centraal lijken te staan zonder dat zij in al hun facetten worden beschermd door de betreffende *ius cogens* regel. De CAVV zou de ILC dan ook willen oproepen hierop te reflecteren en enige duidelijkheid te bieden op dit punt.

De ILC vervolgt in ontwerpconclusie 3 met het benoemen van de hiërarchisch superieure status van regels van *ius cogens*. In de toelichting (§ 8) geeft de ILC aan dat dit zowel een essentieel karakteristiek als een gevolg is van dwingendrechtelijke regels. Opvallend op dit punt is dat de ILC slechts verwijst, naast de uitspraken van rechterlijke instanties en doctrine, naar de posities van staten ingenomen tijdens de Vienna Conference on the Law of Treaties in 1968 (§ 10-11, voetnoot 726); mogelijk dat de ILC op dit punt in een uitgebreidere waaier aan (recente) posities zou kunnen voorzien, bijvoorbeeld aan de hand van de opvattingen vertolkt in de Zesde Commissie van de Algemene Vergadering. Voor wat betreft de operationalisering van de hiërarchisch hogere status van dwingendrechtelijke regels lijkt een voorwaarde te zijn dat sprake is van een normconflict; hierop wordt beneden nader ingegaan onder 'Juridische gevolgen'.

Als laatste essentiële karakteristiek geeft de ILC aan dat regels van *ius cogens* universeel toepasselijk zijn en bindend voor alle subjecten van volkenrecht die er door geadresseerd worden (toelichting ontwerpconclusie 3, § 12). Wat betreft de universele binding voor subjecten van volken-



recht zou de ILC in de toelichting uitgebreider kunnen ingaan op de verschillende subjecten die geadresseerd worden. Terwijl staten en mogelijk internationale organisaties door alle regels van dwingend recht gebonden worden, kan hetzelfde niet gezegd worden van andere subjecten, zoals volkeren, bevrijdingsorganisaties, gewapende oppositie groeperingen, multinationale ondernemingen en bedrijven, en individuen. Sterker nog, voor veel van deze subjecten is de reikwijdte van binding aan het internationaal recht onduidelijk en vaak is die binding beperkt tot bepaalde regels of deelgebieden van het internationaal recht. Hieraan zou in de toelichting meer aandacht kunnen worden besteed.

Uit de universele toepasselijkheid leidt de ILC vervolgens af dat het niet mogelijk is voor een staat om ‘persistent objector’ te zijn bij regels van dwingend recht en dat dergelijke regels niet van toepassing zijn op een bilateraal of regionaal niveau (toelichting ontwerpconclusie 3, § 15). Op de vraag van ‘persistent objection’ komt de CAVV terug bij de bespreking van ontwerpconclusie 14. Het is opvallend dat de afwijzing van de mogelijkheid van regionaal of bilateraal dwingend recht is gereduceerd tot een constatering in een bijzin in de toelichting. De doctrine is op dit punt verdeeld en de Speciale Rapporteur wijdde een uitgebreide analyse aan dit doctrinaire debat in zijn vierde Rapport.⁵ De Rapporteur beargumenteerde dat de notie van regionaal *ius cogens* geen steun vindt in de statenpraktijk, maar achtte het niet nodig een ontwerpconclusie aan dit onderwerp te wijden; “an appropriate explanation could be included in the commentary”.⁶ De CAVV constateert dat de toelichting nu allerm minst een ‘uitleg’ van de stellingname van de ILC geeft. In het licht van het voortdurende debat op dit punt zou het welkom zijn als de ILC haar positie verder zou toelichten.



Identificatie van regels van dwingend recht

Conclusion 4 Criteria for the identification of a peremptory norm of general international law (*jus cogens*)

To identify a peremptory norm of general international law (*jus cogens*), it is necessary to establish that the norm in question meets the following criteria:

- (a) it is a norm of general international law; and
- (b) it is accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

Conclusion 5 Bases for peremptory norms of general international law (*jus cogens*)

1. Customary international law is the most common basis for peremptory norms of general international law (*jus cogens*).
2. Treaty provisions and general principles of law may also serve as bases for peremptory norms of general international law (*jus cogens*).

Conclusion 6 Acceptance and recognition

1. The requirement of “acceptance and recognition” as a criterion for identifying a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) is distinct from acceptance and recognition as a norm of general international law.
2. To identify a norm as a peremptory norm of general international law (*jus cogens*), there must be evidence that such a norm is accepted and recognized as one from which no derogation is permitted and which can

only be modified by a subsequent norm of general international law having the same character.

Conclusion 7 International community of States as a whole

1. It is the acceptance and recognition by the international community of States as a whole that is relevant for the identification of peremptory norms of general international law (*jus cogens*).
2. Acceptance and recognition by a very large majority of States is required for the identification of a norm as a peremptory norm of general international law (*jus cogens*); acceptance and recognition by all States is not required.
3. While the positions of other actors may be relevant in providing context and for assessing acceptance and recognition by the international community of States as a whole, these positions cannot, in and of themselves, form part of such acceptance and recognition.

Conclusion 8 Evidence of acceptance and recognition

1. Evidence of acceptance and recognition that a norm of general international law is a peremptory norm (*jus cogens*) may take a wide range of forms.
2. Such forms of evidence include, but are not limited to: public statements made on behalf of States; official publications; government legal opinions; diplomatic correspondence; legislative and administrative acts; decisions of national courts; treaty provisions; and resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference.



Conclusion 9 Subsidiary means for the determination of the peremptory character of norms of general international law

1. Decisions of international courts and tribunals, in particular of the International Court of Justice, are a subsidiary means for determining the peremptory character of norms of general international law.

2. The works of expert bodies established by States or international organizations and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations may also serve as subsidiary means for determining the peremptory character of norms of general international law.

De ILC neemt met betrekking tot de identificatie van individuele regels van dwingend recht de systematiek als oorspronkelijk neergelegd in artikel 53 Weens Verdragenverdrag als uitgangspunt en werkt deze nader uit.⁷ Daarbij geldt dat een norm van algemeen volkenrecht door de internationale statengemeenschap in haar geheel moet worden aanvaard en erkend als een norm waaraan niet gederogerd mag worden en dat deze alleen kan worden gewijzigd door een latere norm van algemeen internationaal recht van dezelfde aard. De CAVV kan zich vinden in het volgen van deze systematiek, maar merkt op dat bij de uitwerking daarvan bepaalde stellingnames worden ingenomen in de ontwerpconclusies en hun toelichtingen die een aantal vragen opwerpt.

Voortbouwend op de eerdere opmerkingen inzake universele toepasselijkheid hierboven, stelt de ILC in de toelichting van ontwerpconclusie 4 (§ 2) dat een norm van algemeen internationaal recht een norm betreft met, in de woorden van het Internationaal Gerechtshof,⁸ “equal force for all members of the international community”. Hoewel de ILC blijkbaar niet van mening is dat universele toepasselijkheid van regels van dwingend recht een criterium voor de identificatie van dergelijke regels als zodanig oplevert (zie ook toelichting ontwerpconclusie 3, § 1 en 16), duidt deze formulering er toch op dat de norm van algemeen internationaal recht alle staten zou dienen te binden. Vanuit dat perspectief

is het onduidelijk waarom verdragsbepalingen een basis zouden (kunnen) zijn voor regels van dwingend recht. Verdragsbepalingen zijn tenslotte slechts bindend voor staten die partij zijn geworden bij dat verdrag en een verdrag creëert ook geen verplichtingen voor derde staten.⁹ Zelfs wanneer bijna alle staten partij zijn bij een bepaald verdrag, kan men derhalve nog steeds niet aannemen dat derde staten daaraan gebonden worden. Derhalve zal men in zo'n geval nog steeds moeten aannemen dat een bepaalde verdragsregel geen gelijke werking heeft voor alle leden van de internationale gemeenschap, zoals de ILC zelf ook aangeeft in de toelichting op ontwerpconclusie 5 (§ 9).

Het argument van de ILC dat verdragsbepalingen als uitzonderlijke grondslag voor regels van dwingend recht kunnen gelden, lijkt eerder gestoeld op het feit dat verdragen een codificatie van internationaal gewoonterecht kunnen zijn.¹⁰ De CAVV is er dan ook met de Nederlandse regering niet van overtuigd dat verdragsbepalingen als basis kunnen gelden voor een regel van dwingend recht,¹¹ althans niet als exclusieve en eigenstandige grondslag. Ter illustratie van dit punt kan genoemd worden dat vele van de onderliggende verdragen van de regels van *ius cogens* genoemd in de annex bij de ontwerpconclusies niet universeel geratificeerd zijn.¹² Ter vergelijking: Handvest van de Verenigde Naties (agressie), 193 leden;¹³ het verdrag inzake genocide, 152 partijen;¹⁴ verdragen inzake internationaal humanitair recht, 196 partijen, en Protocollen, respectievelijk 174 en 169;¹⁵ het verdrag inzake slavernij, 99 partijen;¹⁶ het verdrag inzake rassendiscriminatie, 182 partijen; het verdrag inzake apartheid, 109;¹⁷ verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, 173 partijen, verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (zelfbeschikking), 170 partijen;¹⁸ verdrag inzake foltering, 169 partijen.¹⁹

De ILC stelt ten aanzien van algemene rechtsbeginselen, genoemd in artikel 38(1)(c) Statuut Internationaal Gerechtshof, dat die een algemeen toepassingsbereik kennen en gelijke werking hebben voor alle leden van de internationale gemeenschap (toelichting ontwerpconclusie 5, § 8). Ook ten aanzien van de algemene rechtsbeginselen is de CAVV, met de Nederlandse regering,²⁰ echter verre van overtuigd dat deze als basis kunnen



dienen voor regels van dwingend recht. Hoewel de ILC steun kan vinden in de literatuur voor dit standpunt (toelichting ontwerpconclusie 5, § 8, voetnoot 764), wordt in de toelichting geen enkel voorbeeld gegeven van een regel van dwingend recht die zijn grondslag zou vinden in een algemeen rechtsbeginsel. Daarnaast mag worden opgemerkt dat het ook onduidelijk is of een algemeen rechtsbeginsel direct verplichtingen kan creëren;²¹ dit zou ook kunnen verklaren waarom juist wel afgeweken kan worden van algemene rechtsbeginselen.

Voor zowel verdragsbepalingen als algemene rechtsbeginselen als basis voor regels van dwingend recht geldt, in de visie van de CAVV, dat zij niet op zichzelf genomen als basis kunnen dienen voor dergelijke regels. Zij dienen eerder in samenhang te worden beschouwd met (zich ontwikkelende) regels van internationaal gewoonterecht, zoals de ILC zelf ook lijkt aan te geven voor wat betreft verdragen.²² Daarbij valt verder op te merken dat verdragsbepalingen daarnaast ook apart genoemd worden in ontwerpconclusie 8 lid 2 als vorm van *bewijs* voor de aanvaarding en erkenning van de *ius cogens* status van een regel van algemeen internationaal recht. Nu verdragen als zodanig geen regels van algemeen internationaal recht neerleggen, lijkt het de CAVV dan ook meer geëigend de rol van verdragen bij de identificatie van regels van dwingend recht onder ontwerpconclusie 8 te scharen.

In ontwerpconclusie 7 geeft de ILC aan dat de aanvaarding en erkenning van de internationale gemeenschap van staten in zijn geheel relevant is voor de identificatie van regels van *ius cogens* en dat posities ingenomen door andere actoren weliswaar relevant kunnen zijn maar daar geen onderdeel van uitmaken. Hiermee volgt de ILC in het voetspoor van haar eerder ingenomen positie t.a.v. de identificatie van internationaal gewoonterecht, welke de CAVV met instemming heeft begroet.²³ Ook wat betreft de in dit project ingenomen positie is de CAVV van mening dat opvattingen ingenomen door andere actoren relevant kunnen zijn, maar slechts een subsidiair karakter hebben vergeleken met de posities die staten innemen.

In ontwerpconclusie 8 gaat de ILC vervolgens in op de vraag welke materialen kunnen dienen ter bewijs van de aanvaarding en erkenning door staten van een regel van algemeen internationaal recht als regel van dwingend recht. De ILC stelt in de toelichting (§ 6) terecht dat: “it should also be recalled that such materials must speak to whether the norm has a peremptory character. The question is not whether a particular norm has been reflected in these materials but, rather, whether the materials establish the acceptance and recognition of the international community of States as a whole that the norm in question is one from which no derogation is permitted.”

In ontwerpconclusie 9 geeft de ILC vervolgens aan dat uitspraken van rechterlijke instanties, in het bijzonder van het Internationaal Gerechtshof, een subsidiair middel zijn ter vaststelling van het dwingende karakter van regels van algemeen internationaal recht (lid 1), en dat dit ook kan gelden voor expert groepen ingesteld door staten of internationale organisaties en voor de opvattingen van de meest bevoegde schrijvers (lid 2).²⁴

De CAVV kan zich op zich vinden in de positie dat de betreffende categorieën van personen en instellingen gebruikt kunnen worden als subsidiair middel ter vaststelling van regels van dwingend recht. Er lijkt echter minder reden te bestaan om op dit punt meer of minder gewicht te geven afhankelijk van de betreffende categorie. De factoren die de ILC noemt – de argumentatie van de werken of geschriften, of de geuite meningen aanvaard worden door staten en de mate waarin dergelijke meningen worden ondersteund door andere vormen van bewijs genoemd in ontwerpconclusie 8 of uitspraken van rechterlijke instanties – behoren algemeen te gelden. Daarbij merkt de CAVV op dat kritische reflectie op stellingen en posities ingenomen door relevante actoren, inclusief staten, rechterlijke instanties en auteurs, cruciaal is voor een goed begrip van het onderwerp van de ontwerpconclusies. Zelfs de posities en argumentatie van de ILC zelf, die besproken worden in de toelichting bij ontwerpconclusie 9 (§ 8), zijn niet boven twijfel verheven.

Ter illustratie merkt de CAVV op dat de ILC in de toelichtingen bij deze ontwerpconclusies soms interpretaties van onderliggende materialen huldigt die niet noodzakelijkerwijs stroken met



de gebruikte formuleringen. Als voorbeeld daarvan mag vermeld worden dat de ILC (toelichting ontwerpconclusie 5, § 5) de opmerking van het Internationaal Gerechtshof inzake “intransgressible principles of customary international law” in het internationaal humanitair recht in het advies over de legaliteit van het gebruik van kernwapens interpreteert als verwijzing naar *ius cogens*. Dit is niettegenstaande het feit dat het Internationaal Gerechtshof elders in datzelfde advies de term *ius cogens* expliciet gebruikt en aangeeft dat het geen noodzaak ziet zich uit te spreken over de ingenomen stelling dat de beginselen en regels van humanitair recht onderdeel van *ius cogens* zouden uitmaken.²⁵ Een ander voorbeeld betreft de aannname van de ILC (toelichting ontwerpconclusie 7, § 3; toelichting ontwerpconclusie 8, § 2; toelichting ontwerpconclusie 9, § 5, voetnoot 795) dat de materialen die het Internationaal Gerechtshof noemt in de Prosecute or Extradite zaak dienen ter ondersteuning van de positie dat het verbod op foltering een regel van dwingend recht is, terwijl die materialen veel duidelijker de in dezelfde alinea ingenomen positie schragen dat het verbod op foltering is neergelegd in het internationaal gewoonterecht.²⁶



Juridische gevolgen

Hoewel de superieure hiërarchische status van regels van *ius cogens* breed wordt gesteund, bestaat er wijdverbreid verschil van inzicht inzake de juridische gevolgen die dit met zich mee zou brengen. Wat dit betreft merkt de CAVV op dat zich een stammenstrijd afspeelt tussen auteurs en rechterlijke instanties die juridische gevolgen deductief afleiden uit de hiërarchisch hogere status van regels van dwingend recht,²⁷ en auteurs die menen dat die gevolgen een aparte grondslag in verdrags- of gewoonterecht dienen te vinden.²⁸ De eerste groep van auteurs meent dat de hiërarchisch hogere status van *ius cogens* normen betekent dat andere, lagere regels moeten wijken om de effectiviteit van de betreffende normen te waarborgen. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn als regels die immuniteit toekennen buiten werking dienen te worden gesteld wanneer *ius cogens* normen aan de orde zijn. Verder stellen auteurs in de tweede groep veelal dat de juridische gevolgen enkel en alleen intreden in geval van conflict, strikt geïnterpreteerd, tussen regels van dwingend recht en andere regels van internationaal recht. Zij volgen in die interpretatie het Internationaal Gerechtshof in diens uitspraak tussen Duitsland en Italië, waarbij vanwege de verschillende aard van de betreffende regels – procedureel (immuniteit) versus materieel (verbod op oorlogsmisdrijven, verbod op misdrijven tegen de mensheid) – geconcludeerd werd dat geen conflict bestond.²⁹

Voortbouwend op dit laatste punt merkt de CAVV op dat de hiërarchisch superieure status van regels van *ius cogens* primair tot uiting komt in geval van normconflict en dit leidt tot de nietigheid van een verdrag of het niet tot stand komen van een verplichting op grond van een eenzijdige verklaring of besluit van een internationale organisatie. Dit blijkt uit ontwerpconclusies 10-16 en de bijbehorende toelichtingen, die spreken over een conflict tussen regels van dwingend recht en andere regels of verplichtingen in het internationaal recht, zonder echter in die toelichtingen duidelijk te maken wanneer sprake is van een normconflict.³⁰ Het lijkt de

CAVV dan ook wenselijk, mede gezien de doelstelling om praktische richtlijnen te geven, dat de ILC specifieke overwegingen zou wijden aan de situaties waarin gesproken zou kunnen worden van een dergelijk conflict. Daarbij zou de ILC aan de hand van de relevante opmerkingen van het Internationaal Gerechtshof in Jurisdictional Immunities of the State en andere rechterlijke instanties verheldering kunnen geven op dit punt.³¹

Conclusion 10 Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*)

1. A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*). The provisions of such a treaty have no legal force.

2. If a new peremptory norm of general international law (*jus cogens*) emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates. The parties to such a treaty are released from any obligation further to perform the treaty.

Conclusion 11 Separability of treaty provisions conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*)

1. A treaty which, at the time of its conclusion, conflicts with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) is void in whole, and no separation of the provisions of the treaty is permitted.

2. A treaty which becomes void because of the emergence of a new peremptory norm of general international law (*jus cogens*) terminates in whole, unless:

(a) the provisions that are in conflict with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) are separable from the



remainder of the treaty with regard to their application;

(b) it appears from the treaty or is otherwise established that acceptance of the said provisions was not an essential basis of the consent of any party to be bound by the treaty as a whole; and

(c) continued performance of the remainder of the treaty would not be unjust.

Conclusion 12 Consequences of the invalidity and termination of treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*)

1. Parties to a treaty which is void as a result of being in conflict with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) at the time of the treaty's conclusion have a legal obligation to:

(a) eliminate as far as possible the consequences of any act performed in reliance on any provision of the treaty which conflicts with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*); and

(b) bring their mutual relations into conformity with the peremptory norm of general international law (*jus cogens*).

2. The termination of a treaty on account of the emergence of a new peremptory norm of general international law (*jus cogens*) does not affect any right, obligation or legal situation created through the execution of the treaty prior to the termination of the treaty, provided that those rights, obligations or situations may thereafter be maintained only to the extent that their maintenance is not in itself in conflict with the new peremptory norm of general international law (*jus cogens*).

Conclusion 13 Absence of effect of reservations to treaties on peremptory norms of general international law (*jus cogens*)

1. A reservation to a treaty provision that reflects a peremptory norm of general

international law (*jus cogens*) does not affect the binding nature of that norm, which shall continue to apply as such.

2. A reservation cannot exclude or modify the legal effect of a treaty in a manner contrary to a peremptory norm of general international law (*jus cogens*).

Ontwerpconclusies 10 tot en met 12 volgen overwegend de regulering van de juridische gevolgen van regels van dwingend recht neergelegd in het Weens Verdragenverdrag en geven geen aanleiding tot nadere opmerkingen. Ontwerpconclusie 13, betreffende de verhouding tussen dergelijke regels en voorbehouden bij verdragen, lijkt geen directe basis te hebben in het Weens Verdragenverdrag, nu dit zwijgt over de mogelijkheid of onmogelijkheid van het maken van voorbehouden die tegen regels van *ius cogens* zouden ingaan. In plaats daarvan is deze consequentie gebaseerd op richtlijn 4.4.3 van de eerder door de ILC in 2011 aangenomen Guide to Practice on Reservations to Treaties. Mede in aanmerking genomen dat de CAVV twijfelt over verdragsbepalingen als eigenstandige grondslag voor regels van dwingend recht, zou deze consequentie eerder gebaseerd kunnen worden op strijd met een op grond van internationaal gewoonterecht tot stand gekomen regel van dwingend recht.

Conclusion 14 Rules of customary international law conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*)

1. A rule of customary international law does not come into existence if it conflicts with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*). This is without prejudice to the possible modification of a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) by a subsequent norm of general international law having the same character.

2. A rule of customary international law not of a peremptory character ceases to exist if and to the extent that it conflicts with a new peremptory norm of general international law (*jus cogens*).



3. The persistent objector rule does not apply to peremptory norms of general international law (*jus cogens*).

In ontwerpconclusie 14 behandelt de ILC de relatie tussen regels van dwingend recht en internationaal gewoonterecht. In beginsel kan de CAVV zich vinden in de positie ingenomen door de ILC. In ontwerpconclusie 14 lid 1 en in de toelichting (§ 6) gaat de ILC kort in op de vraag naar wijziging van een regel van *ius cogens*, maar herhaalt op dit punt niet veel meer dan het onderdeel van de definitie in artikel 53 Weens Verdragenverdrag dat een dergelijke regel “... can be modified only by a norm having the same character” (zie ook toelichting ontwerpconclusie 4, § 4-6). Daarbij stelt de ILC dat een regel van dwingend recht het meest waarschijnlijk gewijzigd wordt door een regel van internationaal gewoonterecht met dat karakter. De CAVV vraagt zich af hoe een regel van dwingend recht gewijzigd kan worden door middel van een zich ontwikkelende regel van gewoonterecht *ius cogens*, wanneer daarmee als onderdeel van het constituerende element van de praktijk staten zich in strijd zouden dienen te gedragen met een bestaande regel van *ius cogens*. Dit zou slechts onproblematisch zijn als de wijziging een uitbreiding van het dwingende karakter van een bestaande regel van *ius cogens* zou betreffen. In alle andere gevallen lijkt sprake te zijn van derogatie – beperking van het dwingende karakter, een nieuwe uitzondering of een nieuwe rechtvaardiging – en blijft het onduidelijk hoe wijziging tot stand zou (kunnen) komen, gezien de posities ingenomen door de ILC in ontwerpconclusies 10, 14, 15 en 16. Verduidelijking van het proces van wijziging door de ILC is dan ook zeer gewenst.

Wat betreft een mogelijk conflict tussen een bestaande regel van internationaal gewoonterecht en een zich later ontwikkelde regel van *ius cogens*, zoals neergelegd in ontwerpconclusie 14, lid 2 (zie ook toelichting, § 7), ziet de CAVV niet goed in hoe dit logisch geconstrueerd kan worden zonder dat de regel van internationaal gewoonterecht zelf een proces van wijziging zou doormaken. Daarnaast ziet de CAVV ook, in de woorden van het Internationaal Gerechtshof,³² een ‘logical problem’ met de conclusie neerge-

legd in lid 3, die de mogelijkheid van ‘persistent objection’ uitsluit. De mogelijkheid van protest in de zin van ‘persistent objection’ staat een staat alleen maar open bij een zich ontwikkelende regel van internationaal gewoonterecht. Dat betekent dus dat zich mogelijk nog geen regel van algemeen internationaal recht heeft ontwikkeld, op grond waarvan een regel van *ius cogens* tot stand zou kunnen komen. De zogenaamde ‘two step approach’ die de ILC aanhangt en geformuleerd is in ontwerpconclusie 4 met toelichting (§ 6) impliceert duidelijk een a-synchronische ontwikkeling, waarmee de ‘persistent objection’ slechts zeer beperkt aan de orde kan zijn. Het proces van ontwikkeling van een regel van *ius cogens* dient niet simpelweg gebruikt te worden om een regel op te leggen aan een staat of enkele staten die zich daartegen heeft/hebben verzet in de eerdere ontwikkelingsfase van de gewoonterechtelijke regel (toelichting, § 10-11).

Conclusion 15 Obligations created by unilateral acts of States conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*)

1. A unilateral act of a State manifesting the intention to be bound by an obligation under international law that would be in conflict with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) does not create such an obligation.

2. An obligation under international law created by a unilateral act of a State ceases to exist if and to the extent that it conflicts with a new peremptory norm of general international law (*jus cogens*).

Conclusion 16 Obligations created by resolutions, decisions or other acts of international organizations conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*)

A resolution, decision or other act of an international organization that would otherwise have binding effect does not create obligations under international law if and to the extent that they conflict with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*).



Ontwerpconclusie 15, over eenzijdige gedragingen, geeft geen aanleiding tot opmerkingen. Daarentegen geldt dat ontwerpconclusie 16, die aangeeft dat bindende resoluties, besluiten of andere handelingen van een internationale organisatie geen verplichtingen creëren voor zover die strijdig zouden zijn met een regel van dwingend recht, verstrekkende gevolgen kan hebben. De opmerkingen van staten genoemd in de toelichting bij ontwerpconclusie 16 (§ 4, voetnoot 858) laten zien dat in het bijzonder het Handvest van de Verenigde Naties aandacht verdient vanwege de bepaling van artikel 103, die neerlegt dat verplichtingen onder het Handvest voorgaan boven verplichtingen uit andere internationale overeenkomsten. De betreffende opmerkingen tonen aan dat er een bepaalde zorg bestaat dat deze ontwerpconclusie het primaat van de Veiligheidsraad voor de handhaving van de internationale vrede en veiligheid zou kunnen ondermijnen en zou kunnen leiden tot het negeren van verplichtingen opgelegd bij besluit van de Veiligheidsraad.³³

De CAVV kan zich vinden in de principiële stellingname van de ILC dat bindende besluiten van internationale organisaties in zijn algemeen, en besluiten van de Veiligheidsraad in het bijzonder, geen verplichtingen kunnen creëren die strijdig zijn met een regel van dwingend recht. De CAVV meent echter dat de ILC in alinea 5 van de toelichting uitgebreider zou dienen stil te staan bij de (zeer) ruime discretie die de Veiligheidsraad toekomt bij besluiten overeenkomstig Hoofdstuk VII van het Handvest,³⁴ en dat derhalve ontwerpconclusie 20 – welke voorziet in interpretatie conform regels van *ius cogens* – bijzonder gewicht toekomt voor wat betreft dergelijke besluiten. In dit verband hecht de CAVV eraan om nogmaals aandacht te vragen voor de suggestie dat de ILC meer overwegingen wijdt aan de omstandigheden waaronder een normconflict kan worden geacht te bestaan.

Conclusion 17 Peremptory norms of general international law (*jus cogens*) as obligations owed to the international community as a whole (obligations *erga omnes*)

1. Peremptory norms of general international law (*jus cogens*) give rise to

obligations owed to the international community as a whole (obligations *erga omnes*), in which all States have a legal interest.

2. Any State is entitled to invoke the responsibility of another State for a breach of a peremptory norm of general international law (*jus cogens*), in accordance with the rules on the responsibility of States for internationally wrongful acts.

Conclusion 18 Peremptory norms of general international law (*jus cogens*) and circumstances precluding wrongfulness

No circumstance precluding wrongfulness under the rules on the responsibility of States for internationally wrongful acts may be invoked with regard to any act of a State that is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law (*jus cogens*).

Conclusion 19 Particular consequences of serious breaches of peremptory norms of general international law (*jus cogens*)

1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law (*jus cogens*).

2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law (*jus cogens*), nor render aid or assistance in maintaining that situation.

3. A breach of an obligation arising under a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil that obligation.

4. This draft conclusion is without prejudice to the other consequences that a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) may entail under international law.



Ontwerpconclusies 17, 18 en 19 betreffen het effect van regels van *ius cogens* wat betreft de aansprakelijkheid van staten, en de ILC sluit hierbij aan bij artikelen 26, 40-41, 48 en 54 van de artikelen inzake de aansprakelijkheid van staten voor internationale onrechtmatige daden.³⁵

De CAVV ziet geen reden tot nadere opmerkingen wat betreft ontwerpconclusie 17. In ontwerpconclusie 18 stelt de ILC, overeenkomstig artikel 26 van de artikelen inzake de staatsaansprakelijkheid, dat omstandigheden die de onrechtmatigheid uitsluiten niet kunnen worden ingeroepen met betrekking tot daden van staten die niet conform verplichtingen onder dwingendrechtelijke regels zijn. De CAVV kan zich algemeen vinden in deze bepaling.

Ontwerpconclusie 19 en met name ook de toelichting daarop, geeft aanleiding tot enkele overwegingen. De ILC stelt (toelichting § 2) dat de plicht tot samenwerking bij het beëindigen van een ernstige schending van een dwingendrechtelijke regel middels rechtmatige middelen in de huidige tijd erkend wordt onder internationaal gewoonterecht, waar de ILC in 2001 op dat punt nog twijfels uitsprak op dit punt.³⁶ Ter ondersteuning van deze positie verwijst de ILC vrijwel uitsluitend naar bepaalde stellingnames door rechterlijke instanties en niet, zoals verwacht zou mogen worden, naar de praktijk en rechtsovertuiging van Staten. De CAVV is van mening dat het goed zou zijn de toelichting op dit punt uit te breiden.

De ILC geeft vervolgens aan (toelichting § 3-4) dat samenwerking dient plaats te vinden middels collectieve maatregelen en dan bij voorkeur in het kader van internationale organisaties. De CAVV kan zich op dit punt verenigen met de positie van de ILC. Daarbij mag wel worden aangetekend dat internationale organisaties in het algemeen veelal niet de competentie en bevoegdheden hebben om tegen schendingen van verplichtingen extern aan het oprichtingsverdrag op te treden, terwijl de Verenigde Naties en in het bijzonder de Veiligheidsraad vanwege politieke redenen vaak niet in staat zijn op te treden. Vanuit dat perspectief verwelkomt de CAVV de overwegingen van de ILC (toelichting, § 4) dat staten ook buiten instanties om geacht kunnen worden maatregelen te nemen om een einde te maken aan schendingen van dwingendrechtelijke regels.

Tenslotte merkt de CAVV op dat de ILC met ontwerpconclusie 19.1 en de toelichting daarop, de doctrinaire discussie over de mogelijkheid van tegenmaatregelen door niet-gelaedeerde staten ontwijkt. De ILC stelt slechts (toelichting § 3) dat ernstige schendingen van dwingendrechtelijke regels geen rechtvaardiging kunnen vormen voor de schending van andere regels van internationaal recht. In 2001 vond de ILC de statenpraktijk op het punt van tegenmaatregelen in het collectieve belang onvoldoende ontwikkeld, en parkeerde het onderwerp door middel van de 'saving clause' in artikel 54 van de artikelen inzake de staatsaansprakelijkheid.³⁷

In de toelichting schreef de ILC destijds:

“..., the current state of international law on countermeasures taken in the general or collective interest is uncertain. State practice is sparse and involves a limited number of States. At present, there appears to be no clearly recognized entitlement of States referred to in article 48 to take countermeasures in the collective interest. Consequently, it is not appropriate to include in the present articles a provision concerning the question whether other States, identified in article 48, are permitted to take countermeasures in order to induce a responsible State to comply with its obligations. Instead, chapter II includes a saving clause which reserves the position and leaves the resolution of the matter to the further development of international law.”³⁸

De CAVV is van mening dat de juridische gevolgen van schendingen van *ius cogens* in de onderhavige ontwerpconclusies niet besproken kunnen worden zonder dit heikele punt openlijk te adresseren, en voegt daaraan toe dat inhoudelijk de ontwikkelingen sinds 2001 heroverweging van de positie van destijds lijken te rechtvaardigen.

Wat betreft verplichtingen van staten tot niet-erkenning en het onthouden van steun of assistentie steunt de CAVV de positie die de ILC inneemt.³⁹ Wederom schraagt de ILC deze verplichtingen onder verwijzing naar uitspraken van rechterlijke instanties, in dit geval aangevuld met voorbeelden uit de praktijk van de Algemene Vergadering en de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties.



Aangaande die praktijk mag worden opgemerkt dat veelal onduidelijk is of de aanbevelingen of besluiten van de relevante organen inderdaad een weergave boden van bestaande verplichtingen van staten of juist constitutief waren voor het ontstaan van die verplichtingen. De reikwijdte van de verplichtingen tot niet-erkenning en het onthouden van steun is echter niet zondermeer duidelijk. Zo heeft een expertgroep ingesteld door de Nederlandse regering onlangs geoordeeld dat het geven van politieke steun aan illegaal geweldsgebruik niet in strijd komt met deze verplichtingen, nu dergelijke steun niet ziet op de erkenning van de rechtmatigheid van de ontstane situatie of het geven van steun ter handhaving daarvan.⁴⁰ De Nederlandse regering heeft deze interpretatie ondersteund, maar merkt op dat niet kan worden uitgesloten dat een internationale rechter tot een andere conclusie komt.⁴¹ De CAVV zou de ILC vandaar willen oproepen uitgebreider stil te staan bij de reikwijdte en inhoud van de verplichtingen vermeld in ontwerpconclusie 19, lid 2.

Conclusion 20 Interpretation and application consistent with peremptory norms of general international law (*jus cogens*)

Where it appears that there may be a conflict between a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) and another rule of international law, the latter is, as far as possible, to be interpreted and applied so as to be consistent with the former.

Conclusion 21 Procedural requirements

1. A State which invokes a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) as a ground for the invalidity or termination of a rule of international law is to notify other States concerned of its claim. The notification is to be in writing and is to indicate the measure proposed to be taken with respect to the rule of international law in question.

2. If none of the other States concerned raises an objection within a period which, except in cases of special urgency, shall not be less than three months, the invoking State may carry out the measure which it has proposed.

3. If any State concerned raises an objection, then the States concerned are to seek a solution through the means indicated in Article 33 of the Charter of the United Nations.

4. If no solution is reached within a period of twelve months, and the objecting State or States concerned offer to submit the matter to the International Court of Justice, the invoking State may not carry out the measure which it has proposed until the dispute is resolved.

5. This draft conclusion is without prejudice to the procedural requirements set forth in the Vienna Convention on the Law of Treaties, the relevant rules concerning the jurisdiction of the International Court of Justice, or other applicable dispute settlement provisions agreed by the States concerned.

Ontwerpconclusie 20 geeft aan dat in geval van een potentieel conflict tussen een regel van internationaal recht en een regel van *ius cogens* de eerstgenoemde regel voor zover mogelijk geïnterpreteerd en toegepast dient te worden overeenkomstig de laatstgenoemde regel. De CAVV onderschrijft de opmerking van de ILC dat er een limiet is aan interpretatie,⁴² en ziet geen aanleiding op dit punt nadere opmerkingen te plaatsen. Inzake ontwerpconclusie 21, die bepaalde procedurele verplichtingen suggereert, heeft de CAVV twijfels over de meerwaarde, althans de praktische toepasbaarheid, van de daarin vervatte 'regels'.⁴³ Ook bij de positie die de ILC inneemt aangaande het juridische gevolg dat een aanbod om de zaak aan het Internationaal Gerechtshof voor te leggen met zich zou brengen, rijzen twijfels. In dat geval, zo stelt ontwerpconclusie 21 lid 4, mag een staat die een dwingendrechtelijke regel inroept om de ongeldigheid of beëindiging van een regel van internationaal recht in te roepen de beoogde maatregel m.b.t. zo'n regel niet uitvoeren totdat het geschil beslecht is. Nog afgezien van de vraag van de status van deze positie onder internationaal recht, lijkt deze positie ook niet wenselijk gezien de mogelijkheid die het Internationaal Gerechtshof bezit om voorlopige maatregelen af te kondigen en daarmee al in een vroeg stadium

nut en noodzaak van de beoogde maatregel te beoordelen.



Conclusion 22 Without prejudice to consequences that specific peremptory norms of general international law (*jus cogens*) may otherwise entail

The present draft conclusions are without prejudice to consequences that specific peremptory norms of general international law (*jus cogens*) may otherwise entail under international law.

De poging van de ILC om zelf geen interpretaties te geven van onderliggende materialen en om zich buiten doctrinaire conflicten en controverses te houden, hoewel begrijpelijk, is soms problematisch te noemen. Zo stelt de ILC in de toelichting op ontwerpconclusie 1 (§ 5) dat de ontwerpconclusies zich richten op juridische gevolgen die algemeen gelden voor regels van dwingend recht en niet trachten te bepalen welke gevolgen specifiek (zouden kunnen) gelden voor individuele regels van dwingend recht. Daarmee vermijdt de ILC te treden in een discussie t.a.v. een veelvoud aan juridische gevolgen die in de literatuur wel worden (voor)gesteld, zonder echter enige (duidelijke) motivering te geven waarom dergelijke (specifieke) gevolgen slechts zouden gelden voor individuele en niet voor alle regels van dwingend recht. In de toelichting bij ontwerpconclusie 22 (§ 4) stelt de ILC dat juridische gevolgen van dwingendrechtelijke normen die bepaalde misdrijven verbieden (genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, oorlogsmisdrijven), zoals gevolgen t.a.v. immuniteiten of de jurisdictie van nationale rechterlijke instanties, slechts verband houden met specifieke dwingendrechtelijke normen. De ILC geeft echter geen nadere uitleg waarom dat het geval zou zijn.⁴⁴



Ontwerpconclusie 23 en de lijst van dwingendrechtelijke regels

Conclusion 23 Non-exhaustive list

Without prejudice to the existence or subsequent emergence of other peremptory norms of general international law (*jus cogens*), a non-exhaustive list of norms that the International Law Commission has previously referred to as having that status is to be found in the annex to the present draft conclusions.

Annex

- (a) The prohibition of aggression;
- (b) The prohibition of genocide;
- (c) The prohibition of crimes against humanity;
- (d) The basic rules of international humanitarian law;
- (e) The prohibition of racial discrimination and apartheid;
- (f) The prohibition of slavery;
- (g) The prohibition of torture;
- (h) The right of self-determination.

Als laatste ontwerpconclusie verwijst de ILC naar een niet uitputtende lijst, te vinden in de annex bij de ontwerpconclusies, van dwingendrechtelijke regels die de ILC zelf eerder als zodanig heeft betiteld. De Nederlandse regering heeft de vrees uitgesproken dat opname van een dergelijke lijst een hoge drempel opwerpt voor de aanvaarding van toekomstige normen als *ius cogens*.⁴⁵ De CAVV heeft, in navolging van de Nederlandse regering, ernstige twijfels bij het opnemen van een dergelijke lijst. Deze twijfels worden mede ingegeven door de positie van de ILC zelf (toelichting, § 1) dat een grondige studie van bestaande of potentiële dwingendrechtelijke regels buiten het bestek van de ontwerpconclusies valt. De ILC probeert te ontsnappen aan de beperkingen die zij zichzelf heeft opgelegd door simpelweg te verwijzen naar normen die

zij zelf bij eerdere gelegenheden als zodanig heeft aangemerkt, zonder zich er rekenschap van te geven dat daaraan destijds ook geen grondige studies volgens de methodologie van de huidige ontwerpconclusies ten grondslag lagen.⁴⁶ Daarmee bestaat de basis waarop de lijst rust uit dri-jfzand. Dat de ILC geen poging doet (toelichting, § 3) het toepassingsbereik, de inhoud of toepassing van de geïdentificeerde regels vast te stellen, valt te billijken maar geeft tegelijkertijd ook complicaties voor wat betreft de identificatie van de betreffende regels. Indien de ILC haar voornemen uitvoert om deze niet uitputtende lijst op te nemen als annex bij de ontwerpconclusies zijn de volgende opmerkingen van belang om mogelijke verduidelijkingen door te voeren.

In de annex noemt de ILC onder (a) het agressieverbod en in de toelichting op ontwerpconclusie 23 (§ 5) worden eerdere verwijzingen daarnaar vermeld en dat het ‘Rapport inzake de fragmentatie van het internationaal recht’ sprak over “the aggressive use of force”. Echter, het blijft onduidelijk wat het onderscheid is tussen het agressieverbod en het geweldsverbod.

De precieze relatie tussen beide is van belang voor de problematiek van uitzonderingen op dwingendrechtelijke verboden en daarmee ook voor het proces van wijziging van regels van *ius cogens*.

Onder (c) van de annex noemt de ILC het verbod op misdaden tegen de menselijkheid en traceert haar eerdere werk op dit punt. Daarbij blijft echter onduidelijk aan welke gedragingen nu precies niet gederogerd mag worden. De CAVV merkt op dat de opname van deze norm ook slechts gesteund lijkt te worden door één rechterlijke uitspraak. Hetzelfde lijkt te gelden voor wat betreft de opname onder (d) van de fundamentele regels van internationaal humanitair recht, waarbij mag worden opgemerkt dat de ILC op geen enkel moment heeft gespecifi-

ceerd welke regels van internationaal humanitair recht dan wel als fundamenteel dienen te worden beschouwd.



Aangaande het recht op zelfbeschikking, genoemd onder (h) van de annex, is eveneens onduidelijk waaraan niet gederogerd mag worden. Indien het toepassingsbereik van deze dwingendrechtelijke regel beperkt zou worden tot de verboden op koloniale overheersing, vreemde bezetting of onderdrukking door racistische regimes zou een werkbare constructie kunnen bestaan. Indien dat bereik uitgebreid zou worden naar alle interne politieke en vertegenwoordigende structuren van een staat zou duidelijk dienen te worden gemaakt wat specifiek vereist is om onder het bereik van de *ius cogens* regel te vallen.

Eindnoten



- ¹ In het advies wordt hierna gesproken over regels van dwingend recht, dwingendrechtelijke regels, of regels / normen van *ius cogens*, zonder dat daarmee beoogd wordt enig onderscheid aan te brengen.
- ² Report of the International Law Commission on the Work of Its Seventy-first Session, UN General Assembly, 74th Session, Suppl. 10, Ch. V, UN Doc. A/74/10 (2019) [hierna aangeduid als ILC Report 2019].
- ³ Zie voor de posities van Staten algemeen de volgende voorlopige verslagen: A/C.6/71/SR.26, 5 December 2016; A/C.6/72/SR.26, 5 December 2017; A/C.6/73/SR.26, 23 November 2018; A/C.6/74/SR.24, 11 November 2019.
- ⁴ Artikel 38 lid 1(d) Statuut van het Internationaal Gerechtshof. Voor kritische opmerking in deze zin zie UNGA, Sixth Committee, A/C.6/71/SR.26, 5 December 2016, § 43 (Netherlands).
- ⁵ Fourth Report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur, 31 January 2019, A/CN.4/727, § 21-47.
- ⁶ *Ibid.* § 47.
- ⁷ Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, Trb. 1985, Nr. 79, p. 1 (Weens Verdragenverdrag).
- ⁸ ICJ, North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports 1969, p. 3, § 63.
- ⁹ Artikelen 26 en 34 Weens Verdragenverdrag.
- ¹⁰ In deze zin, UNGA, Sixth Committee, A/C.6/72/SR.26, 5 December 2017, § 31 (Netherlands).
- ¹¹ *Ibid.*
- ¹² *Ibid.*
- ¹³ Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=I-1&chapter=1&clang=_en>.
- ¹⁴ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, UNTS vol. 78, 277, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en>.
- ¹⁵ Website Rode Kruis, <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp>>
- ¹⁶ Slavery Convention, UNTS vol. 212, 17, <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XVIII-2&chapter=18&clang=_en>.
- ¹⁷ International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, UNTS vol. 660, 195, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=IV-2&chapter=4>; International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, UNTS 1015, 243, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-7&chapter=4&clang=_en>.
- ¹⁸ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UNTS vol. 993, 3, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-3&chapter=4>; International Covenant on Civil and Political Rights, UNTS vol. 999, 171, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&clang=_en&mtmsg_no=IV-4&src=IND>.
- ¹⁹ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UNTS vol. 1465, 85, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-9&chapter=4&clang=_en>.
- ²⁰ UNGA, Sixth Committee, A/C.6/72/SR.26, 5 December 2017, § 31 (Netherlands).
- ²¹ Zo stelde het Internationaal Gerechtshof dat het beginsel van de goede trouw weliswaar de totstandkoming en de nakoming van verplichtingen reguleert, maar “it is not in itself a source of obligation where none would otherwise exist.” ICJ, Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 1988, p. 69, § 94.



- ²² In de toelichting op ontwerpconclusie 5, § 9 (voetnoten weggelaten) stelt de ILC: “The role of treaties as an exceptional basis for peremptory norms of general international law (jus cogens) may be understood as a consequence of the relationship between treaty rules and customary international law as described by the International Court of Justice in North Sea Continental Shelf cases. In that case, the Court observed that a treaty rule can codify (or be declaratory of) an existing general rule of international law, or the conclusion of a treaty rule can help crystallize an emerging general rule of international law, or that a treaty rule can, after adoption, come to reflect a general rule on the basis of subsequent practice.”
- ²³ Zie CAVV, De identificatie van internationaal gewoonterecht, Advies nr. 29, november 2017, p. 6-7, beschikbaar op <<https://www.adviescommissievolkerecht.nl/publicaties/adviezen/2017/11/01/de-identificatie-van-internationaal-gewoonterecht>>.
- ²⁴ In de toelichting stelt de ILC (§ 5, en ook 9) met betrekking tot de categorieën genoemd in lid 2: “The use of the phrase ‘may also’ in paragraph 2, in contradistinction to the word ‘are’ which is used to qualify decisions of international courts and tribunals in paragraph 1, indicates that less weight may attach to works of expert bodies and scholarly writings in comparison to judicial decisions. The relevance of these other materials as subsidiary means depends on other factors, including on the reasoning of the works or writings, the extent to which the views expressed are accepted by States and the extent to which such views are corroborated either by other forms of evidence listed in draft conclusion 8 or decisions of international courts and tribunals.”
- ²⁵ ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 226, respectievelijk § 79 en § 83
- ²⁶ ICJ, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite Belgium v. Senegal, Judgment, ICJ Reports 2012, p. 422, § 99, waarbij het IGH opmerkte dat het verbod gegrond was in de internationale praktijk en de opinio juris van Staten. Ter ondersteuning daarvan verwees het IGH naar de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, een resolutie van de Algemene Vergadering, het feit dat het verbod op foltering in het nationale recht van vrijwel alle Staten is opgenomen, en dat foltering veelvuldig veroordeeld wordt in nationale en internationale fora.
- ²⁷ Zie bijv. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Trial Chamber, Prosecutor v. Anton Furundžija, Judgment of 10 Dec 1998, § 153-157 en 144, <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>; en Antonio Cassese, ‘For an Enhanced Role of Jus Cogens’ in Antonio Cassese (ed), Realizing Utopia: The Future of International Law (Oxford: Oxford University Press, 2012), 158-171.
- ²⁸ Zie Carlo Focarelli, Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens’ Legal Effects, (2008) 77 Nordic Journal of International Law, 429, 444-455; zie ook Kolb, Observation sur l’évolution du concept de jus cogens (2009) 113 RGDIP 837, 840-841.
- ²⁹ ICJ, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment, ICJ Reports 2012, p. 99, § 92-97. Zie Alexander Orakhelashvili, Peremptory Norms in International Law, 320, en Carlos Espósito, ‘Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: “A Conflict Does Exist”’ (2012) XXI Italian Yearbook of International Law 161, die pleiten voor het opzij zetten van immuniteiten vanwege strijd met jus cogens. Anderzins Andrea Gattini, ‘The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law?’ (2011) 24 Leiden Journal of International Law 173, and Stefan Talmon, ‘Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished’ (2012) 25 Leiden Journal of International Law 979-1002, die deze positie verwerpen.
- ³⁰ Een uitzondering hierop betreft de opmerking van de ILC in de toelichting op ontwerpconclusie 20 (§ 2) dat: “Whether or not a rule of international law conflicts with a peremptory norm of general international law (jus cogens) is a matter to be determined through interpretation.”
- ³¹ ICJ, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment, ICJ Reports 2012, p. 99, § 92-97. Zie verder in verband met norm conflicten: François Boudreaux, ‘Identifying Conflicts of Norms: The ICJ Approach in the Case of the Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)’ (2012) 25 Leiden Journal of International Law 1003, 1010; Joost Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law: How



- WTO Law Relates to Other Rules of International Law (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 164–188; Jörg Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (London/New York: Routledge 2011), 141-146; en Robert Kolb, ‘Conflicts entre normes de jus cogens’ in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon* (Brussels: Bruylant, 2007), 481, 483.
- ³² ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment, ICJ Reports 2012, p. 99, § 82.
- ³³ Zie in dit verband ook de poging van Bosnië en Herzegovina om voor het Internationaal Gerechtshof het wapenembargo ingesteld tegen het voormalig Joegoslavië buiten werking te laten stellen: ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993*, I. C.J. Reports 1993, p. 325, § 2 (k)-(p) (claims Bosnië en Herzegovina) en § 40-41, en zie *Separate Opinion Lauterpacht*, *ibid.*, p. 407, § 98-106 and 123 B.
- ³⁴ ICTY, Appeals Chamber, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 October 1995, §28-32 en 39, <<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>; STL, *Decision on the Defence Appeals against the Trial Chamber’s “Decision on the Defence Challenges to the Jurisdiction and Legality of the Tribunal”*, 24 October 2012, § 37 en 52, <https://www.stl-tsl.org/crs/assets/Uploads/20121024_F0020_PUBLIC_AC_Decision_on_DC_Appeals_against_TC_Dec_Juris_Legality_WEB_EN.pdf>.
- ³⁵ *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, YBILC 2001, vol. II(2), p. 26-30.
- ³⁶ In de hoofdtekst van toelichting (§ 2) verwijst de ILC naar de “articles on the law of treaties”, maar gezien de verwijzing in de voetnoot (878) zal bedoeld zijn de “articles on State responsibility”.
- ³⁷ Toelichting artikel 54, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, voetnoot 35, p. 139, § 6-7.
- ³⁸ *Ibid.* § 6.
- ³⁹ Zie in dit verband algemeen Stefan Talmon, *The Duty Not to ‘Recognize as Lawful’ a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?*, in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order, Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Brill 2006), p. 99.
- ⁴⁰ *Humanitarian Intervention and Political Support for Interstate Use of Force*, Report of the Expert Group Established by the Minister of Foreign Affairs of the Netherlands, 19 December 2019, § 43, <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/12/19/humanitarian-intervention-and-political-support-for-interstate-use-of-force>>.
- ⁴¹ Kamerbrief met reactie kabinet op Eindrapport expertgroep inzake politieke steun aan interstatelijk geweldsgebruik en inzake humanitaire interventie, 17 april 2020, derde pagina, <<https://www.rijks-overheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/04/17/kamerbrief-met-reactie-kabinet-op-eindrapport-expertgroep-inzake-politieke-steun-aan-interstatelijk-geweldsgebruik-en-in-inzake-humanitaire-interventie>>.
- ⁴² Vgl. toelichting bij Ontwerpconclusie 20, § 6.
- ⁴³ Zo kan men zich afvragen of de positie van de ILC in lid 2 van Ontwerpconclusie 21 met zich meebrengt dat Staten die gezwegen hebben gedurende drie maanden (of langer) geacht worden de visie van de inroepende Staat te delen dat inderdaad sprake is van een dwingendrechtelijke regel en dat sprake is van een conflict. Daarnaast geeft de ILC zelf al aan (toelichting § 4) dat “[n]ot every aspect of the detailed procedure set forth in draft conclusion 21 constitutes customary international law.” Mede gezien de tekst van lid 5 van Ontwerpconclusie 21 is de meerwaarde van deze Ontwerpconclusie daarmee niet gegeven.
- ⁴⁴ Zo riep de Nederlandse regering de ILC juist op om de gevolgen van ius cogens normen voor jurisdictie en immuniteit specifiek te behandelen: UNGA, Sixth Committee, A/C.6/72/SR.26, 5 December 2017, § 34 (Netherlands).
- ⁴⁵ Zie UNGA, Sixth Committee, A/C.6/71/SR.26, 5 December 2016, § 44 (Netherlands). Zie verder UNGA, Sixth Committee, A/C.6/72/SR.26, 5 December 2017, § 33 (Netherlands); UNGA, Sixth Committee, A/C.6/73/SR.26, 23 November 2018, § 58 (Netherlands); UNGA,

Sixth Committee, A/C.6/74/SR.24, 11 November 2019, § 5 (Netherlands).



⁴⁶ In een recente publicatie wijst Murphy, lid van de ILC, er ook op dat niet alle dwingendrechtelijke regels waarnaar de ILC voorheen heeft verwezen door de ILC werden benoemd als zodanig, maar dat de ILC opmerkte dat er wijdverbreide steun leek te zijn voor bepaalde normen als dwingendrechtelijke regels. Zie Sean Murphy, *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) and Other Topics: The Seventy-First Session of the International Law Commission*, (2020) 114 *American Journal of International Law* 68, 71-72.